

เหตุแห่งการฟ้องหย่า: หลักการแยกกันอยู่ภายใต้
หลังคาเดียวกันของประเทศไทยและออสเตรเลีย

วุฒิ ศรีธีระวิศาล

**เหตุแห่งการฟ้องหย่า: หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน
ของประเทศไทยและออสเตรเลีย**
**Grounds for Divorce: The Case of Separation under the same Roof
in Thailand and Australia**

วุฒิ ศรีธีระวิศาล*
Wut Sriterawisarn

บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/2) กำหนดว่า กรณีที่คู่สมรสสมใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี คู่สมรสจะฟ้องคู่สมรสอีกฝ่ายเพื่อให้ศาลพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน อันเป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่าประการหนึ่งในประเทศไทย แต่ด้วยบริบททางสังคมที่เปลี่ยนไปโดยเฉพาะปัญหาทางเศรษฐกิจที่ค่าครองชีพเพิ่มขึ้น คงปฏิเสธไม่ได้ว่าเมื่อคู่สมรสสมใจแยกกันอยู่ การหาที่อยู่ใหม่ของคู่สมรสที่แยกกันอยู่ย่อมมีค่าใช้จ่าย ก่อให้เกิดภาระแก่คู่สมรสฝ่ายที่ต้องเก็บข้าวของออกไปจากที่พักอาศัยที่เคยอยู่ร่วมกัน และยังหาที่อยู่ใหม่ไม่ได้ จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องอยู่บ้านหลังเดียวกัน แต่อยู่คนละห้อง คนละชั้นไปก่อน โดยไม่ได้มีความสัมพันธ์ฉันสามีภริยากันเป็นเวลาเกินสามปีแล้ว ปัญหาว่า หากสามีและภริยาสมใจแยกกันอยู่ แต่ยังคงอยู่ในที่พักอาศัยเดียวกัน กรณีสมใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขจะมีแนวทางพิจารณาในเรื่องนี้อย่างไร ในเรื่องนี้ กฎหมายครอบครัวของประเทศออสเตรเลียได้วางหลักที่ชัดเจนไว้ภายใต้ "หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน" เป็นหลักการพิจารณากรณีที่คู่สมรสแยกกันอยู่และอยู่ห่างจากกันแม้ว่าคู่สมรสจะยังคง

*ผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดบุรีรัมย์; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, LL.M. in International Trade and Commercial Law, University of Durham, LL.M. in Intellectual Property Law, University of Edinburgh. E-mail: w.sriterawisarn@gmail.com.

Judge of the Buriram Juvenile and Family Court; LL.B. at Thammasat University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in International Trade and Commercial Law at University of Durham, UK, LL.M. in Intellectual Property Law at University of Edinburgh, UK.

วันที่รับบทความ (received) 6 เมษายน 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 8 พฤษภาคม 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 15 พฤษภาคม 2563.

อาศัยอยู่ในที่อยู่เดียวกันก็ตาม เป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่าได้ และมีคดีที่เกิดขึ้นโดยตรงที่ศาลประเทศออสเตรเลียได้วินิจฉัยไว้แล้ว เมื่อเปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่าดังกล่าวของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) กับประเทศออสเตรเลีย ตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) แนวความคิด และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องแล้ว บทความนี้พบว่า หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันที่ได้ศึกษาในกฎหมายครอบครัวของประเทศไทยจะนำมาใช้ในการตีความว่าเป็นเหตุหย่าของการสมรสใจแยกกันอยู่ตาม มาตรา 1516 (4/2) แต่การพิจารณาถึงการที่คู่สมรสสมรสใจแยกกันอยู่แต่ยังคงอยู่ภายในบ้านเดียวกัน หรือที่อยู่อาศัยเดียวกัน แต่ต่างฝ่ายต่างแยกกันอยู่ จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป โดยคำนึงถึงลักษณะที่ขาดจากความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยาโดยสิ้นเชิงและถาวร ประกอบฐานะทางเศรษฐกิจของสามีภรรยาและบริบทของสังคมไทยมาพิจารณาควบคู่กัน

คำสำคัญ: เหตุแห่งการฟ้องหย่า, หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน

Abstract

Thailand Civil and Commercial Code, Section 1516 (4/2) provides that the husband and wife voluntarily live separately because of being unable to cohabit peacefully for more than three years..., either spouse may enter a claim for divorce. That is one of the grounds for divorce in Thailand. With the changing in social context, especially the economic problems such as the increase of cost of living, it is undeniable that finding a new residence for a separated spouse would cost monetary expenses. Moving out causes the burdensome to the spouses who have to pack things out of the matrimonial house. Having faced such a difficulty, the husband and wife may unavoidably live in the same house or in different rooms or floor and holding no marital relationship for more than 3 years. If the husband and wife voluntarily separate but still live in the same residence, how will the ground for divorce be considered? The Australian Family Law Act 1975 provides the meaning of separation in Section 48 (2) and 49 (2) under the principle of "separation under the same roof". This principle is employed for the consideration of allowing divorce as cases that the husband and wife have been separated, live apart, or even that they continue to live in the same house. The Family Court of Australia had rendered the judgment regarding the aforementioned provisions. This paper comparatively studied the principle of separation under the same roof, through the concepts and law cases under the Thai and Australian family laws. It found that the principle of separation under the same roof could be regarded as the ground for divorce under Section 1516 (4/2) of the Thailand Civil and Commercial Code. The concept of separation under the same roof nonetheless varies from one case to another. It is vital to not only consider the facts in each case by taking into consideration of the completion ending in marital relationships but also the economic status of the husband and wife with the context of Thai society.

Keywords: grounds for divorce, separation under the same roof

1. บทนำ

ในประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1501 กำหนดว่า การสิ้นสุดแห่งการสมรสนั้นจะต้องเป็นกรณีที่คู่สมรสถึงแก่ความตาย มีการหย่า หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอนการสมรส¹ กรณีที่คู่สมรสสมัครใจแยกกันอยู่ คู่สมรสจะฟ้องคู่สมรสอีกฝ่ายเพื่อให้ศาลพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน จะต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/2) กล่าวคือกรณีที่คู่สมรสสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกัน ฉันทามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปีแต่ด้วยบริบททางสังคมที่เปลี่ยนไปโดยเฉพาะปัญหาทางเศรษฐกิจที่ค่าครองชีพเพิ่มขึ้น คงปฏิเสธไม่ได้ว่าเมื่อคู่สมรสสมัครใจแยกกันอยู่ การหาที่อยู่ใหม่ของคู่สมรสที่แยกกันอยู่ย่อมมีค่าใช้จ่ายก่อให้เกิดภาระแก่คู่สมรสฝ่ายที่ต้องเก็บข้าวของออกไปจากที่พักอาศัยที่เคยอยู่ร่วมกันและยังหาที่อยู่ใหม่ไม่ได้ จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องอยู่บ้านหลังเดียวกัน แต่อยู่คนละห้อง คนละชั้น ไปก่อนแต่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ฉันทามีภริยากันแล้วเป็นเวลาเกินสามปี เช่นนี้ เมื่อสภาพของสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไป พฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการหย่าจึงมีเหตุผลที่มีความซับซ้อนมากขึ้น² ทั้งสถาบันครอบครัวเป็นพื้นฐานของสังคมอย่างหนึ่ง การพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสภาพทางสังคมดังกล่าว จึงเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาเพื่อให้กฎหมายใช้บังคับได้³ ปัญหาว่า หากสามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่ แต่ยังคงอยู่ในที่พักอาศัยเดียวกัน กรณีสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันทามีภริยาได้โดยปกติสุขจะมีแนวทางพิจารณาอย่างไร ในเรื่องนี้ กฎหมายครอบครัวของประเทศออสเตรเลียได้วางหลักที่ชัดเจนไว้ภายใต้ "หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน" (Separation under the same roof)⁴ และมีคดีที่เกิดขึ้นโดยตรงที่ศาลประเทศออสเตรเลียได้วินิจฉัยไว้แล้วบทความนี้จะขอศึกษาเหตุฟ้องหย่าในหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันโดยเปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่าดังกล่าวของ

¹นอกจากนี้โปรดดูกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งใช้บังคับอยู่ใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ได้แก่ จังหวัดยะลา นราธิวาส ปัตตานี และสตูล อ้างถึงใน นันทนัช สิมะโชติ, "เหตุหย่าเพราะครอบครัวแตกร้าง: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัย-ธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 16-22.

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 44-45, 118.

³พชร สุขนันทวงศ์, "ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการหย่าตามมาตรา 1516 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ศึกษากรณีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้ที่มีเพศเดียวกัน," วารสารบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 7, 1 (สิงหาคม-พฤศจิกายน 2561): 476-488, 478-479.

⁴H. A. Finlay, "The Grounds for Divorce: The Australian Experience," *Oxford Journal of Legal Studies* 6 3 (1986): 368-391, 386.

ประเทศไทยกับประเทศออสเตรเลียโดยพิจารณาแนวความคิด หลักกฎหมาย และคดีที่เกี่ยวข้องเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณา หากมีคดีที่เกิดขึ้นในประเด็นดังกล่าวโดยตรงในประเทศไทย

2. แนวความคิดเกี่ยวกับการหย่า

การกำหนดเหตุหย่านั้นมีแนวความคิดอยู่หลายประการ ได้แก่ มาตรการการลงโทษคู่สมรสที่ทำให้ผิดหน้าหน้าที่การเป็นสามีภรรยา ซึ่งจะต้องเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงหรือต่อเนื่องถึงขนาดเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยา และมาตรการการแก้ไขปัญหาการแตกสลายของครอบครัวที่ไม่สามารถอยู่ร่วมกันได้ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงความผิดของสามีหรือภรรยาฝ่ายใด⁵ จากแนวความคิดดังกล่าวกฎหมายของต่างประเทศ รวมทั้งประเทศไทยกำหนดหลักการหย่าไว้ 3 ลักษณะ⁶ ได้แก่

2.1 การหย่าที่ไม่มีคู่สมรสฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด สามีภรรยาต่างให้ความยินยอมในการหย่า (Mutual consent)

การหย่าในข้อนี้ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการกระทำผิดหน้าที่ของสามีภรรยา โดยพิจารณาเพียงว่าการสมรสเป็นสัญญาทางแพ่ง เมื่อคู่สมรสไม่ประสงค์สมรสแล้ว ก็ย่อมเลิกสัญญาสมรสได้⁷ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1514 ที่กำหนดให้การหย่าทำได้โดยการยินยอม หรือโดยคำพิพากษา วรยศสง กำหนดให้ การหย่าโดยความยินยอมต้องทำเป็นหนังสือ และมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคน มาตรา 1515 กำหนดให้การหย่าโดยความยินยอมจะสมบูรณ์เมื่อได้จดทะเบียนหย่า และการหย่าจะสมบูรณ์เมื่อจดทะเบียนหย่าตามมาตรา 1531 อาจกล่าวได้ว่าความยินยอมในการหย่านั้นแบ่งได้เป็น 2 กรณี

กรณีที่ 1 คู่สมรสจดทะเบียนหย่ากันเอง เป็นกรณีที่สามีและภริยาตกลงหย่าด้วยความยินยอมโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล แต่จะต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคนตามมาตรา 1515

⁵ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 370.

⁶ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิต, 2558), หน้า 367.

⁷พุทธะสอน บุญมีไช, “เหตุหย่าที่เกิดจากการกระทำความผิดของคู่สมรส: ศึกษากรณี “มีชู” เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายครอบครัวไทยและ ส.ป.ป. ลาว,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557), หน้า 9-10.

กรณีที่ 2 เมื่อคู่สมรสมีการฟ้องคดีผ่านกระบวนการศาลแล้วต่อมาได้มีการไกล่เกลี่ยส่งผลให้โจทก์จำเลยซึ่งเป็นสามีภริยาตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความไปตามที่ตกลงยินยอมหย่ากัน โดยไม่มีการวินิจฉัยถึงเหตุแห่งการฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 และไม่มีกรณีที่จะถือว่าเหตุแห่งการหย่าเป็นความผิดของสามีหรือภริยา (คำพิพากษาฎีกาที่ 875/2561) เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาประนีประนอมยอมความไม่ขัดต่อกฎหมาย และศาลพิพากษาไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ย่อมผูกพันคู่ความ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 145 วรรคหนึ่ง คู่ความสามารถนำคำพิพากษามายอมซึ่งคดีถึงที่สุดแล้วไปให้นายทะเบียนบันทึกเหตุแห่งการหย่านั้นได้

2.2 การหย่าที่เป็นการลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่ทำผิดหน้าที่ของสามีภริยา (The fault theory)

การหย่าในข้อนี้เกี่ยวกับทฤษฎีความผิด⁸ ที่คู่สมรสฝ่ายที่ทำผิดต่อหน้าที่ของสามีภริยา ส่วนอีกฝ่ายเป็นผู้บริสุทธิ์ ฝ่ายหลังสามารถยกเป็นข้ออ้างในการฟ้องหย่าได้และฝ่ายหลังจะต้องยินยอมในการหย่าด้วย แต่หากคู่สมรสทั้งสองฝ่ายต่างเป็นฝ่ายผิดหน้าที่ของสามีภริยาทั้งคู่ ต่างก็ไม่สามารถอ้างทฤษฎีความผิดนี้ได้⁹ เหตุฟ้องหย่าที่จัดอยู่ในทฤษฎีความผิดนี้ ได้แก่ เหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (1) (2) (3) (4) (4/1) (6) (8)¹⁰

2.3 การหย่าที่เป็นการแก้ไขการสมรสที่แตกสลายไปแล้ว (The irretrievably break down of marriage หรือ The no-fault theory)

การหย่าในข้อนี้มีวิวัฒนาการทางกฎหมายมาจากทฤษฎีความผิด เนื่องจากในอดีตสังคมใช้การกระทำผิดหน้าที่ของสามีภริยามาเป็นเครื่องป้องกันการหย่า ต่อมาเมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไป การหย่าไม่ได้พิจารณาถึงการผิดหน้าที่ของสามีภริยาเท่านั้น แต่เป็นการแก้ไขการสมรสที่แตกสลายไปแล้ว¹¹ เหตุหย่าที่ไม่ได้พิจารณาทฤษฎีความผิดต้องมีเหตุมาจาก "การไม่ลงรอย

⁸ ธวัชชัย มิตรโกสม, "เหตุหย่า: ศึกษากรณีการจงใจทิ้งร้าง," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 4.

⁹ Joe Rodgers, "The Effect of No-Fault Divorce Law on the Divorce Rate Across the 50 States and Its Relation to Income, Education and Religiosity," *Journal of Marriage and Family* 57, 2 (1995): 477-488, 477.

¹⁰ ธวัชชัย มิตรโกสม, เรื่องเดิม, หน้า 20-21.

¹¹ Joe Rodgers, op. cit.: 477.

กัน" (Incompatibility)¹² หรือ "การเข้ากันไม่ได้" (Irreconcilable differences)¹³ ของคู่สมรสเหตุฟ้องหย่าที่จัดอยู่ในทฤษฎีความผิดนี้ได้แก่เหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/2) (5) (7) (9) (10)¹⁴

3. หลักการพิจารณาการแยกกันอยู่ของกฎหมายประเทศไทย

3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 วรรคแรก กำหนดว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกาย บทบัญญัติมาตราดังกล่าวเป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายอย่างสมบูรณ์แต่การใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องไม่กระทบสิทธิของบุคคลอื่น¹⁵ ปัญหาว่าสิทธิในการหย่าเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญหรือไม่¹⁶ ในคดี *Sosna v. Iowa*¹⁷ Marshall, J. เห็นว่า สิทธิในการหย่ามีลักษณะเดียวกันกับสิทธิในการสมรส "ทั้งสองสิทธิมาจากความเกี่ยวข้องกับการปรับความสมดุลใจของความสัมพันธ์พื้นฐานของมนุษย์"¹⁸ และปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนข้อ 16 (1) กำหนดว่าชายและหญิงที่มีอายุครบบริบูรณ์ มีสิทธิที่จะแต่งงานและสร้างครอบครัวโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัดทางด้านเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนา พวกเขา มีสิทธิเท่าเทียม

¹²Graham Kirkpatrick, "Incompatibility as a Ground for Divorce," *Marquette Law Review* 47 (1964): 453-464, 453.

¹³Peter Nash Swisher, "Marriage and Some Troubling Issues with No-Fault Divorce," *Regent University Law Review* 17 (2005): 243-259, 245.

¹⁴อวัชชัย มิตรโกศล, เรื่องเดิม, หน้า 21.

¹⁵สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญ 2560 [Online], available URL: https://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution2/download/article/article_20191021103453.pdf, 2563 (มีนาคม, 22).

¹⁶Ram Rivlin, "The Right to Divorce: Its Direction, and Why It Matters," *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 4 (2013): 133-157, 133-134.

¹⁷*Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393, 419-20 (1975). Cited in Melissa Lawton, "The Constitutionality of Covenant Marriage Laws," *Fordham Law Review* 66 (1998): 2471-2516, 2480-2481.

¹⁸"...both involve the voluntary adjustment of the same fundamental human relationship." *Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393, 420 (1975).

ในการสมรสและการหย่าร้าง¹⁹ ธนิษฐา มุ่งดี²⁰ และริญญาภัทร์ ณ สงขลา²¹ พบว่า การสมรสเป็นเสรีภาพของบุคคลแต่การหย่าไม่ใช่เสรีภาพของบุคคลเนื่องจากการสิ้นสุดการสมรสเป็นสิ่งที่กฎหมายควบคุมไว้²² และมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5983/2548 วินิจฉัยตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 28 ซึ่งกำหนดว่า "บุคคลย่อมใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน" ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "...การเลือกคู่ครองเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสิทธิของโจทก์ที่จะเลือกคู่ครองของตนเองได้ก็ตาม แต่การใช้สิทธิเช่นนั้นจะต้องไม่ทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนและต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย ซึ่งต้องมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติรับรองถึงการใช้สิทธินั้นได้ การที่โจทก์อยู่กินฉันสามีภริยากับจำเลยและได้จดทะเบียนสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ต่อมาภายหลังโจทก์ไม่พอใจต้องการแยกทางกับจำเลยจึงฟ้องหย่า โดยอ้างว่าเป็นสิทธิที่โจทก์จะเลือกคู่ครองได้ตามแต่ความพอใจของตนนั้นคงไม่ถูกต้อง เพราะการใช้สิทธิดังกล่าวของโจทก์ย่อมมีผลกระทบกระเทือนต่อจำเลยซึ่งเป็นภริยาและบุตร หากโจทก์ประสงค์จะหย่าขาดจากจำเลยต้องมีเหตุที่อ้างได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 มิฉะนั้น สถาบันครอบครัวในสังคมจะเกิดการเอารัดเอาเปรียบและมีแต่ความสับสนวุ่นวาย..." ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาดังกล่าวเนื่องจากแสดงให้เห็นว่าการหย่าไม่ใช่เสรีภาพของบุคคล อันต่างจากสิทธิในการสมรสซึ่งเป็นสิทธิที่จะเลือกคู่ครอง นอกจากนี้คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เป็นการยืนยันว่าศาลไทยจะพิพากษาให้หย่าได้ต้องมีเหตุแห่งการฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516

¹⁹Universal Declaration of Human Rights, Article 16 (1) "Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution."

²⁰ธนิษฐา มุ่งดี, ภายใต้วาทกรรมครอบครัวในระบบกฎหมายไทย: กรณีศึกษาคำพิพากษา: 51-63, 60. [Online], available URL: <https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/5%e0%b8%98%e0%b8%99%e0%b8%b4%e0%b8%a9%e0%b8%90%e0%b8%b21.pdf>, 2563 (มีนาคม, 22).

²¹ริญญาภัทร์ ณ สงขลา, ความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย: 384-405, 393. [Online], available URL: <https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/27%e0%b8%a3%e0%b8%b4%e0%b8%8d%e0%b8%8d%e0%b8%b2%e0%b8%a0%e0%b8%b1%e0%b8%97%e0%b8%a3%e0%b9%8c.pdf>, 2563 (พฤษภาคม, 7).

²²ธนิษฐา มุ่งดี, เรื่องเดิม, หน้า 60.

3.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในประเทศไทย ปัญหาการจะให้มีการหย่ากันหรือไม่ ไม่เป็นปัญหาขัดแย้งในสังคม และมีการยอมรับการหย่ามาตั้งแต่สมัยที่ประเทศไทยใช้กฎหมายตราสามดวงซึ่งเห็นได้จากกฎหมายลักษณะผัวเมียบทที่ 67²³ และมีบัญญัติต่อเนื่องกันมาในบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตั้งแต่ปี พ.ศ.2478 ถึงปัจจุบัน²⁴ สำหรับภูมิลำเนาของสามีภริยานั้น สามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม ในมาตรา 1454 กำหนดให้สามีเป็นผู้เลือกที่อยู่ และในมาตรา 50 กำหนดให้ ภริยาต้องถือภูมิลำเนาตามสามี แต่บรรพ 5 ใหม่ ยกเลิกมาตรา 1454 และมาตรา 50 แล้ว โดยมาตรา 43 กำหนดว่า "ภูมิลำเนาของสามีและภริยา ได้แก่ถิ่นที่อยู่ซึ่งสามีและภริยาอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยา เว้นแต่สามีหรือภริยาได้แสดงเจตนาให้ปรากฏว่ามีภูมิลำเนาแยกต่างหากจากกัน" ดังนั้น ปัญหา "กรณีภริยาไม่ถือภูมิลำเนาหรืออยู่ร่วมกับสามีจึงมีผลแตกต่างไปแล้วแต่รูปคดี"²⁵ และไม่เป็นการบังคับว่าสามีและภริยาที่จดทะเบียนสมรสกันต้องมีภูมิลำเนาอยู่แห่งเดียวกัน แต่ภูมิลำเนาของสามีและภริยานั้นจะต้องนำพิจารณาเมื่อมีการฟ้องหย่าเมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกฟ้องคดี เหตุแห่งการฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 นั้นกำหนดเหตุหย่าไว้ 12 เหตุ

สำหรับการแยกกันอยู่แม้จะอยู่บ้านเดียวกันนั้น เป็นเหตุหย่าที่ทำให้ชีวิตสมรสสิ้นสุดลงหรือไม่สามารถดำเนินต่อไปได้โดยปกติสุข มีมาตรา 1516 (4/2) กำหนดว่า สามีและภริยาสมัคใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ ในข้อนี้มีองค์ประกอบอยู่ 3 ประการ²⁶ ได้แก่

3.2.1 สามีและภริยาต้องสมัคใจแยกกันอยู่

การแยกกันอยู่นี้ ชาติชาย อัครวิบูลย์ เห็นว่า หากสามีภริยาดกลงอยู่ร่วมกันในบ้านเดียวกัน แต่อาศัยอยู่คนละห้อง ยังไม่เรียกว่าแยกกันอยู่ เนื่องจากสามีภริยายังคงพบกันได้ แม้ไม่พูดจาหรือหลับนอนกัน "แต่อาจเป็นเหตุหย่าในเหตุอื่น"²⁷ (หรือ "การละทิ้งร้างโดยทางอ้อม"²⁸) การสมัคใจแยกกันอยู่อาจทำเป็นข้อตกลงโดยชัดแจ้ง หรือไม่ตกลงกันโดยชัดแจ้ง แต่การสมัคใจแยกกันอยู่นั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือ เพียงแต่ตกลงด้วยวาจาจากความก็สามารถนำ

²³ กฎหมายลักษณะผัวเมียบทที่ 67 กำหนดว่า "ภริยาสามีมิชอบเนื้อพึงใจกัน เขาจะหย่ากันใช้ ตามน้ำใจเขา เหตุว่าเขาทิ้งสองนั้นสิ้นบุญกันแล้ว จะจำใจให้อยู่ด้วยกันนั้นมิได้." โปรดดูชาติชาย อัครวิบูลย์, เรื่องเดิม, หน้า 333.

²⁴ ไพโรจน์ กัมพูศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), หน้า 194-195.

²⁵ ชาติชาย อัครวิบูลย์, เรื่องเดิม, หน้า 385.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 391.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 392.

²⁸ รัชชัย มิตรโกสม, เรื่องเดิม, หน้า 72.

สืบได้ว่ามีข้อตกลงดังกล่าว หรือไม่ต้องมีข้อตกลงแยกกันอยู่ แต่จะต้องมีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าสามีภริยาต่างฝ่ายต่างสมัครใจแยกกันอยู่²⁹

3.2.2 การแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุข

การสมัครใจแยกกันอยู่ต้องเกิดจากความยินยอมไม่ใช่เกิดจากการถูกบังคับ และการแยกกันอยู่นั้น "ต้องมีลักษณะขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา"³⁰

พฤติการณ์ที่มีลักษณะของการขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภรียานั้นมีคำพิพากษาฎีกาที่ 7004/2539 สรุปได้ว่า สามีและภริยาอยู่กันด้วยกันที่บ้านและมีบุตรด้วยกัน การที่สามีไปรับราชการต่างจังหวัด และทะเลาะกันบ้าง แต่สามีก็ยังกลับมาอนที่บ้านกับภริยาตามปกติที่สามีภริยาต้องปฏิบัติต่อกัน การที่สามีไปมีภริยาใหม่ ถือว่าสามีแยกกันอยู่กับภริยาเพียงฝ่ายเดียว แต่ภริยาไม่ได้สมัครใจด้วย ยังไม่ถือว่าเป็นกรณีที่สามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่ จากคำพิพากษาฎีกานี้จะเห็นได้ว่า แม้สามีภริยาจะไม่ได้อยู่บ้านเดียวกันก็ตาม และมีเหตุทะเลาะกันบ้าง สามีก็ยังกลับมาอนที่บ้าน และฝ่ายภริยาไม่ได้สมัครใจแยกกันอยู่กับสามี คงมีแต่ฝ่ายสามีที่สมัครใจแยกกันอยู่เพียงฝ่ายเดียว จึงยังไม่มีลักษณะขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา

คำพิพากษาฎีกาที่ 2520/2549 สรุปได้ว่า ในปี 2517 สามีออกจากบ้านที่เคยอยู่กินฉันสามีภริยากับภริยา แต่ในปี 2519 ภริยาเองก็มีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับชายอื่นจนมีบุตรร่วมกัน เช่นนี้ ภริยาก็ไม่ได้ต้องการที่จะอยู่กินกับสามีอีกต่อไป และสามีก็ไม่ได้กลับไปหาภริยาในขณะที่แยกกันอยู่ ภริยาเองก็รู้ว่าสามีพักอยู่ที่ใด แต่ก็ไม่ได้หาทางที่จะอยู่ร่วมกันกับสามีอีกต่อไป ต่างฝ่ายต่างอยู่กันนานถึง 25 ปี พฤติการณ์เช่นนี้ ถือได้ว่า สมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี อันเป็นเหตุหย่าตามมาตรา 1516 (4/2) จากคำพิพากษาฎีกานี้จะเห็นได้ว่า สามีภริยาต่างคนต่างอยู่ และรู้ว่าพักอาศัยอยู่ที่ใด แต่ก็ไม่ได้สนใจที่จะกลับมาอยู่ด้วยกันฉันสามีภริยา พฤติการณ์ของการสมัครใจแยกกันอยู่เช่นนี้ จึงมีลักษณะขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาแล้ว

นอกจากนี้ การสมัครใจแยกกันอยู่จะมีสาเหตุร้ายแรงเพียงใดไม่สำคัญ หากสามีภริยาเห็นว่าเหตุที่ว่านั้นทำให้ไม่สามารถอยู่ร่วมกัน สามีภริยาก็สามารถตกลงแยกกันอยู่ได้³¹ เช่น คู่สมรสทะเลาะวิวาทตบตีกันเป็นประจำจึงตกลงแยกกันอยู่เกิน 3 ปี สามีและภริยาต่างฝ่ายต่างฟ้องอีกฝ่ายได้³²

²⁹ ชาติชาย อัครวิบูลย์, เรื่องเดิม, หน้า 392.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 393.

³¹ ไพโรจน์ กัมพูศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 208.

³² ประสพสุข บุญเดช, **หลักกฎหมายครอบครัว**, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 149.

การนับระยะเวลาการแยกกันอยู่ต้องต่อเนื่องกัน จะแยกกันอยู่เป็นช่วงไม่ได้ โดยจะต้องต่างฝ่ายต่างแยกกันอยู่นับถึงวันพ้องเกิน 3 ปี ต่อเนื่องกัน ซึ่งระยะเวลาที่นานเกิน 3 ปี โดยคู่สมรสแต่ละฝ่ายต่างไม่มีความรู้สึกหรือมีความต้องการกลับไปใช้ชีวิตร่วมกัน "ยอมแสดงให้เห็นเป็นปริยายว่าทั้งคู่ต้องการที่จะแยกทางกัน"³³

การสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตาม มาตรา 1516 (4/2) มีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการตีความถึงพฤติการณ์ของการสมัครใจแยกกันอยู่ กับการที่คู่สมรสแยกกันอยู่แต่ยังคงอยู่บริวารกันเดียวกันหรือบ้านเดียวที่พอเทียบเคียงได้ดังนี้

พฤติการณ์ที่สามีและภริยาสมัครใจพักอาศัยอยู่กันคนละบ้าน แต่บ้านอยู่ในบริเวณเดียวกันนั้น มีคำพิพากษาฎีกาที่ 882/2518 วินิจฉัยตามเหตุหย่ากรณีทิ้งร้างไว้ว่า "...การที่สามีภริยาไม่ได้หลับนอนร่วมเพศกัน แต่อยู่คนละบ้านในบริเวณเดียวกัน ไม่เป็นการทิ้งร้างกัน..." จากคำพิพากษาฎีกานี้เป็นการวินิจฉัยตามมาตรา 1516 (4) กำหนดว่า สามีหรือภริยาจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินหนึ่งปี อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้ อันเป็นการวินิจฉัยก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1516 (4/2) ในปี 2533 และแสดงให้เห็นว่าแม้สามีภริยาจะอยู่คนละบ้าน แต่บ้านกลับอยู่ในบริเวณเดียวกัน โดยมีข้อเท็จจริงอีกว่าสามีภริยาไม่ได้ร่วมประเวณีกันนั้น ยังไม่เป็นการทิ้งร้างกันซึ่งการทิ้งร้างนั้นตามคำพิพากษาฎีกาที่ 4404/2558 วินิจฉัยว่า "...จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่ความนั้นจงใจทิ้งร้างไปในลักษณะที่ไม่หวนกลับไปหาคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่ประสงค์ที่จะอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาอีกต่อไป เป็นเวลาติดต่อกันเกินกว่า 1 ปี จำเลยออกไปจากบ้านตั้งแต่วันที่ 13 มกราคม 2555 แต่จำเลยกลับมาพักอยู่กับโจทก์ระหว่างวันที่ 11 ถึง 15 กันยายน 2555 อีก จึงยังไม่เกินกว่ากำหนดเวลา 1 ปี และย่อมแสดงว่า จำเลยยังประสงค์จะอยู่กินกับโจทก์ต่อไป แต่โจทก์เป็นฝ่ายเปลี่ยนภูมิลำเนาไม่ให้จำเลยเข้าไปอยู่ในบ้าน และไม่ยอมพูดคุยกับจำเลยเพื่อปรับความเข้าใจ ในขณะที่จำเลยยอมโทรศัพท์ขอโทษมารดาโจทก์และยอมรับผิดกับมารดาโจทก์ มารดาจำเลยก็ไม่ต้องการให้โจทก์จำเลยหย่ากัน โดยนัดโจทก์และมารดาโจทก์มาพูดคุย แต่มารดาโจทก์ก็ไม่ยอมช่วยและบอกว่าโจทก์กับจำเลยต้องแยกกันอยู่ พฤติการณ์ดังกล่าวแสดงว่า จำเลยยังมีเยื่อใยต่อโจทก์ ต้องการอยู่กับโจทก์ต่อไป จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยจงใจละทิ้งร้างโจทก์"

³³ไพโรจน์ กัมพูศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 208.

คำพิพากษาข้างต้นนั้นเป็นการวินิจฉัยตามหลักการละทิ้งร้าง ซึ่งการทิ้งร้างเป็นการแยกกันอยู่อย่างหนึ่ง³⁴ แต่การทิ้งร้างกับสมัครใจแยกกันอยู่ นั้นมีความหมายต่างกันเนื่องจากการสมัครใจแยกกันอยู่ต้องเกิดจากความสมัครใจของสามีและภรรยา การทิ้งร้างนั้นต้องจงใจละทิ้งร้างโดยไม่มีเรื่องของการสมัครใจ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 8059/2538 "การที่สามีแยกไปพักตามลำพังเนื่องจากสามีภริยาทะเลาะกันโดยมีสาเหตุเกิดแต่สามีเป็นสำคัญและภริยาไม่ได้สมัครใจแยกกันอยู่กับสามีเป็นกรณีที่สามีจงใจทิ้งร้างภริยาไปฝ่ายเดียวมิใช่สามีภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี..." และเป็นเหตุหย่าคนละเหตุกัน

3.3.2 อยู่บ้านหลังเดียวกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 388/2522 กล่าวโดยสรุปคดีนี้ ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ภริยาจดทะเบียนหย่ากับสามีเนื่องจากสามีภริยาทำสัญญาหย่ากันแล้ว ไม่มีการเลิกสัญญากัน ภริยาจึงต้องไปจดทะเบียนหย่า ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับ ให้ยกฟ้องสามี เนื่องจากเห็นว่าสัญญาหย่าเลิกกันแล้ว ศาลฎีกาเห็นว่า คดีนี้เป็นเรื่องที่สามีภริยาทำสัญญาหย่ามานานถึง 9 ปี สามีเพิ่งนำสัญญาหย่าดังกล่าวมาฟ้องหย่าภริยา โดยระหว่าง 9 ปีนั้น ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า สามีภริยาต่างอยู่บ้านหลังเดียวกัน ภายหลังจากที่สามีภริยาทำสัญญาหย่าแล้วประมาณ 6 ปี สามีก็ยังได้ให้ความยินยอมในการที่ภริยาทำนิติกรรมสัญญาขายที่ดินให้แก่การรถไฟแห่งประเทศไทย ในฐานะที่เป็นสามีอีกด้วย แสดงว่าสามีภริยาได้คืนดีกัน สามีจะนำสัญญาหย่ามาฟ้องให้ภริยาจดทะเบียนหย่าไม่ได้ โดยไม่มีประเด็นต้องวินิจฉัยว่าสัญญาหย่าสมบูรณ์หรือไม่ จากคำพิพากษาฎีกานี้แสดงว่า แม้จะทำสัญญาหย่ากันไว้ แต่พฤติการณ์ที่แสดงว่าสามีภริยายังคงอยู่บ้านหลังเดียวกันและยังมีความสัมพันธ์กันฉันสามีภริยา เช่น ให้ความยินยอมในการทำนิติกรรมในฐานะสามี แสดงว่าสามีภริยาได้คืนดีกัน สัญญาหย่าเป็นอันเลิกกันโดยปริยาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 4151/2560 คดีนี้สามีฟ้องภริยาว่าสมัครใจแยกกันอยู่เป็นเวลา 14 ปี จำเลยให้การว่าไม่ได้แยกกันอยู่กับโจทก์เป็นเวลา 14 ปี เมื่อเดือนพฤษภาคม 2557 โจทก์จำเลยและบุตรสาวทำสัญญาซื้อบ้านและที่ดินและยังคงพักอาศัยอยู่ในบ้านหลังดังกล่าวด้วยกัน ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ภาค 3 พิพากษายกฟ้อง โจทก์ฎีกา คดีมีปัญหาต้องวินิจฉัยว่า โจทก์กับจำเลยได้สมัครใจแยกกันอยู่เป็นเวลาเกิน 3 ปี หรือไม่ "...พฤติการณ์ที่จะถือว่าโจทก์กับจำเลยสมัครใจแยกกันอยู่ นั้น จะต้องมิข้อเท็จจริงฟังเป็นยุติว่าโจทก์และจำเลยต่างมีเจตนาตรงกันคือไม่ประสงค์จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา มีลักษณะที่ขาดจากความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาโดยสิ้นเชิงและต่างฝ่ายต่างไม่มีปฏิสัมพันธ์ต่อกันทั้งในทางพฤตินัยหรือนิตินัย...โจทก์เป็นฝ่ายออกจากบ้านเลขที่...ไปมีภริยาใหม่

³⁴ ชาติชาย อัครวิบูลย์, เรื่องเดิม, หน้า 387.

และมีบุตรด้วยกัน 1 คน ไม่ปรากฏพฤติการณ์ใดที่แสดงว่าจำเลยมีความประสงค์แยกกันอยู่กับโจทก์ โดยชัดแจ้ง ส่วนที่โจทก์ตกลงกับจำเลยว่าจะให้จำเลยเป็นผู้รับเงินเดือนของโจทก์เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูจำเลยและบุตรผู้เยาว์ทั้งสองคนในเวลานั้น ถือเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูจำเลยผู้เป็นภริยาและอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์...หาใช่เป็นข้อตกลงที่ถือว่าจำเลยตกลงแยกกันอยู่กับโจทก์โดยสมัครใจไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งก่อนฟ้องคดีนี้ประมาณ 1 ปี 2 เดือน โจทก์จำเลยและนางสาว จ. (บุตรของโจทก์) ร่วมกันกู้ยืมเงินจากธนาคารเพื่อซื้อบ้านพักอาศัยร่วมกัน และโจทก์บอกกล่าวแก่ญาติพี่น้องฝ่ายตนว่าเป็นบ้านของโจทก์...โดยโจทก์มีภูมิลำเนาสามารถเข้าออกได้ตามอัธยาศัย...โจทก์มาพักอาศัยในบ้านหลังใหม่ร่วมกับจำเลยซึ่งเป็นการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในลักษณะสามีภริยากัน ข้อเท็จจริงจึงฟังได้ว่า โจทก์กับจำเลยยังมีภูมิลำเนาสัมพันธ์กันทั้งในทางนิตินัยและพฤตินัย ไม่ได้มีเจตนาสมัครใจแยกกันอยู่อย่างแท้จริงและถาวร..." จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า การพิจารณาการแยกกันอยู่ตามมาตรา 1516 (4/2) จะต้องมีการสมัครใจแยกกันอยู่ โดยที่สามีภริยาต้องไม่มีสัมพันธ์ทั้งทางนิตินัยหรือพฤตินัย การแยกกันอยู่จะต้องแยกกันอยู่อย่างแท้จริงและถาวร

คำพิพากษานี้ที่ 257/2545 "...เหตุที่โจทก์จำเลยทะเลาะกันและอยู่ด้วยกันในบ้านหลังเดียวกันโดยไม่ยุ่งเกี่ยวกันนั้น มิได้มีสาเหตุมาจากว่าโจทก์และจำเลยไม่สามารถใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยาโดยปกติทั่วไปได้ แต่เป็นเพราะโจทก์โกรธจำเลยเพราะเข้าใจว่าจำเลยร่วมมือกับมารดาโจทก์ฉ้อโกงเอาบ้านและที่ดินของโจทก์ไป เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ก่อนหน้าเกิดเหตุโจทก์และจำเลยแม้จะอยู่บ้านเดียวกันแต่ก็มีลักษณะแบบต่างคนต่างอยู่ ต่างทำมาหากิน จึงเป็นกรณีที่โจทก์จำเลยสมัครใจอยู่กินในลักษณะดังกล่าว ฉะนั้น การที่จำเลยพาบุตรคนโตไปกรุงเทพมหานครเพื่อค้าขายเสื้อผ้าจึงเป็นเพียงการแยกตัวไปทำมาหากินเท่านั้น ถือไม่ได้ว่าจำเลยจงใจละทิ้งร้างโจทก์หรือกระทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากัน อันจะเป็นเหตุให้โจทก์ฟ้องหย่าได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4) (6)..." จากคำพิพากษานี้ แสดงให้เห็นพฤติการณ์ในคดีว่าสามีภริยาอยู่บ้านหลังเดียวกัน แต่มีลักษณะต่างคนต่างอยู่ ต่างทำมาหากิน เพราะเหตุที่ทะเลาะกันจากการที่มารดาโจทก์นำที่ดินและบ้านไปขายโดยจำเลยลงชื่อเป็นพยาน มิได้มีสาเหตุมาจากว่าโจทก์และจำเลยไม่สามารถใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยาโดยปกติ และออกจากบ้านไปเพราะแยกไปทำมาหากินเท่านั้น นอกจากนี้ ยังมีหมายเหตุท้ายฎีกาโดยชาติชาย อัครวิบูลย์ ว่า "...มูลเหตุดังกล่าวมิใช่เรื่องของความไม่ซื่อสัตย์ในฐานะที่จำเลยเป็นสามีของโจทก์ หากแต่มีเหตุแทรกแซงจากภายนอกเกิดขึ้นในครอบครัวเท่านั้น ศาลฎีกาจึงเห็นว่าไม่ใช่เรื่องที่โจทก์และจำเลยไม่สามารถใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยาโดยปกติทั่วไป นอกจากนี้การที่โจทก์และจำเลยมีสภาพต่างคนต่างอยู่ก็เกิดขึ้นจากความสมัครใจอันอาจเป็นลักษณะที่เกิดขึ้นเพียงชั่วคราว เพราะหากประสงค์ให้เกิดขึ้นอย่างถาวร

ก็น่าจะมีการตกลงแยกกันอยู่โดยเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาโดยปกติ ซึ่งจะเป็นเหตุหย่าต่อไปได้ตามมาตรา 1516 (4/2)..."

คำพิพากษาฎีกาที่ 7004/2539 "โจทก์และจำเลยจดทะเบียนสมรสกันแล้วได้อยู่กินด้วยกันที่บ้านเลขที่ 611 แสดงว่าบ้านเลขที่ 611 ดังกล่าวเป็นบ้านที่โจทก์และจำเลยใช้เป็นที่อยู่อาศัยกินอยู่หลับนอนฉันสามีภริยาซึ่งต่อมาก็มีบุตรด้วยกัน 1 คน แม้ในระหว่างอยู่กินด้วยกันโจทก์ต้องเดินทางไปรับราชการในต่างจังหวัดและบางครั้งโจทก์และจำเลยได้ทะเลาะกันก็ตามโจทก์ก็ต้องกลับมากินอยู่หลับนอนฉันสามีภริยากับจำเลยเช่นปกติที่สามีภริยาพึงต้องปฏิบัติต่อกันแต่โจทก์กลับไปมีภริยาใหม่และไปอยู่กับภริยาใหม่ถือว่าโจทก์สมครใจแยกกันอยู่กับจำเลยแต่ฝ่ายเดียว จำเลยไม่ได้สมครใจแยกกันอยู่กับโจทก์ การที่โจทก์ได้ส่งเงินให้บุตรและจำเลยไม่ได้ไปมาหาสู่ร่วมอยู่กินหลับนอนกับโจทก์ฉันสามีภริยามีใช้พฤติการณ์ที่แสดงว่าจำเลยสมครใจแยกกันอยู่กับโจทก์จึงไม่ถือว่าเป็นกรณีที่สามีและภริยาสมครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกิน 3 ปี" ตามมาตรา 1516 (4/2) คำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า การที่สามีภริยาอยู่กินหลับนอนที่บ้านเดียวกัน แม้สามีต้องไปรับราชการต่างจังหวัดแต่ก็ต้องกลับมากินอยู่หลับนอนกับภริยา การที่สามีไปมีภริยาใหม่และไปอยู่กับภริยาใหม่จึงไม่ถือเป็นการสมครใจแยกกันอยู่

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น ยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยโดยตรงในคดีที่มีข้อเท็จจริงว่าสามีภริยาสมครใจแยกกันอยู่ในบ้านหลังเดียวกัน อยู่คนละห้อง คนละชั้น และไม่มีความสัมพันธ์ฉันสามีภริยากันแล้วอันเป็นเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขติดต่อกันเกินสามปีคงมีคำพิพากษาฎีกาที่พอเทียบเคียงได้ดังกล่าว แต่ในประเทศออสเตรเลียได้กำหนดหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันอันจะเป็นเหตุในการฟ้องหย่าได้ มีคดีที่เกิดขึ้นโดยตรงและแนวทางการนำเสนอพยานหลักฐานที่ศาลประเทศออสเตรเลียได้วินิจฉัยไว้แล้ว

4. หลักการพิจารณาการแยกกันอยู่ของกฎหมายประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียมีการปกครองแบบสหพันธรัฐ (Federation) แบ่งการปกครองออกเป็น 6 รัฐ ได้แก่ รัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) รัฐควีนส์แลนด์ (Queensland) รัฐวิกตอเรีย (Victoria) รัฐออสเตรเลียตะวันตก (Western Australia) รัฐออสเตรเลียใต้ (South Australia) และรัฐแทสมาเนีย (Tasmania) และ 2 เขตการปกครอง ได้แก่ เขตนอร์ทเทิร์น (Northern Territory)

และเขตออสเตรเลียแคปปิตอล (Australian Capital Territory)³⁵ หรือเมืองหลวง แหล่งที่มาของกฎหมายมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร กับกฎหมายคอมมอน ลอว์ ส่วนกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับมี 2 ประเภท ได้แก่ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติแห่งเครือรัฐ (Commonwealth Act) มีสถานะของกฎหมายสูงกว่ากฎหมายภายในของแต่ละรัฐและมีผลใช้บังคับกับประชาชนทุกคนในทุกรัฐ โดยรัฐใดจะตรากฎหมายขัดหรือแย้งกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติแห่งเครือรัฐไม่ได้ และกฎหมายลำดับรอง (Delegated or Subordinate Legislation) ตราโดยฝ่ายบริหารแต่ละรัฐ³⁶

4.1 รัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลีย

ในกระบวนการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติแห่งเครือรัฐ ผู้นำเสนอกฎหมายได้คือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสมาชิก กลุ่มผลประโยชน์ หน่วยงานของรัฐต่างๆ และรัฐมนตรี³⁷ เกี่ยวกับการตรากฎหมายครอบครัวนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลีย มาตรา 51 กำหนดไว้ว่าภายใต้รัฐธรรมนูญ รัฐสภาของออสเตรเลียมีอำนาจในการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ (xxi) การสมรส และ (xxii) สาเหตุแห่งการหย่าร้างและการสมรส และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ปกครองและอำนาจปกครองและการดูแลเด็กทารก³⁸

4.2 พระราชบัญญัติสาเหตุการสมรส ค.ศ.1959

เดิมประเทศออสเตรเลียใช้กฎหมายครอบครัวชื่อว่าพระราชบัญญัติสาเหตุการสมรส ค.ศ.1959 (Matrimonial Causes Act 1959)³⁹ ในมาตรา 28 กำหนดเหตุหย่าไว้ในอนุมาตรา (m) กำหนดเกี่ยวกับการแยกกันอยู่ไว้ว่า คู่สมรสได้แยกกันอยู่และอยู่ห่างกันต่อเนื่องกันเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี ก่อนที่จะมีการยื่นฟ้องหย่าและการแยกกันอยู่นั้นจะต้องไม่มีเหตุสมควรที่คู่สมรสจะกลับมา

³⁵ จิตรพรต พัฒนสิน, กระบวนการร่างกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย (Parliamentary Counsel's Office): 5-28, 6. [Online], available URL: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=258,2563> (พฤษภาคม, 7).

³⁶ จิตรพรต พัฒนสิน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

³⁷ เรื่องเดียวกัน.

³⁸ Parliament of Australia, **Part V - Powers of the Parliament** [Online], available URL: https://www.aph.gov.au/about_parliament/senate/powers_practice_n_procedures/~/_link.aspx?_id=AFF6CA564BC3465AA325E73053DED4AA&_z=z#chapter-01_part-05_51, 2020 (March, 23).

³⁹ Federal Register of Legislation, **Matrimonial Causes Act 1959** [Online], available URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C1959A00104>, 2020 (March, 25).

อยู่ด้วยกัน⁴⁰ ซึ่งไม่เป็นปัญหาต่อการตีความเนื่องจากระบุเหตุหย่าไว้ชัดเจน⁴¹ และมีกำหนดระยะเวลาแยกกันอยู่เป็นเวลาไว้ไม่น้อยกว่า 5 ปี

4.3 พระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975

4.3.1 พัฒนาการและการแก้ไขกฎหมาย

ประเทศออสเตรเลียมีการแก้ไขพระราชบัญญัติสาเหตุการสมรส ค.ศ.1959 และตราไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 (Family Law Act 1975)⁴² มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม 1976 โดยมีสาระสำคัญของเหตุแห่งการฟ้องหย่าที่เปลี่ยนระบบจากทฤษฎีความผิดมาเป็นทฤษฎีปราศจากความผิดมุ่งที่การหย่าที่เป็นการแก้ไขการสมรสที่แตกสลายไปแล้ว⁴³

ในการแก้ไขกฎหมายนั้น มีความเห็นของวุฒิสมาชิก Murphy ที่น่าสนใจในการถกเถียงการแก้กฎหมายครอบครัวเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ.1974 สรุปได้ว่า ไม่เห็นด้วยหากมีการกำหนดว่าหากคู่สมรสยังคงอยู่ในที่อยู่อาศัยเดียวกัน คู่สมรสไม่ถือว่าแยกกันอยู่และอยู่ห่างกัน การกำหนดเช่นนี้จะเป็นการผูกมัดศาลให้วินิจฉัยไปในทางที่ไม่ให้หย่า แม้ว่าคู่สมรสแยกกันอยู่ในแต่ละมุมของบ้านเดียวกัน หรือฝ่ายหนึ่งอยู่ในบ้านไก่ (fowl house) อีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในห้องนอนของเจ้าของบ้าน ศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าไม่ได้แยกกันอยู่เพราะอยู่ได้หลังคาเดียวกัน เป็นการยากสำหรับคู่สมรสที่ต้องการแยกกันอยู่และหาที่พักอาศัยใหม่ และหากกำหนดให้การที่มีภริยายังอยู่ในบ้านเดียวกันหลังจากตกลงแยกกันอยู่แล้วไม่สามารถหย่าได้ ก็จะเป็นการแบ่งชนชั้นของผู้ที่มีฐานะยากจนที่ไม่สามารถหาที่อยู่ใหม่ได้เนื่องจากเหตุผลทางการเงิน⁴⁴ นอกจากเหตุผลทางด้าน

⁴⁰ Matrimonial Causes Act 1959, Grounds for dissolution of marriage 28. "Subject to this Division, a petition under this Act by a party to a marriage for a decree of dissolution of the marriage may be based on one or more of the following grounds: (m) that the parties to the marriage have separated and thereafter have lived separately and apart for a continuous period of not less than five years immediately preceding the date of the petition, and there is no reasonable likelihood of cohabitation being resumed;"

⁴¹ "Matrimonial Causes," *Adelaide Law Review* 2, 2 (1964): 237-242.

⁴² Federal Register of Legislation, **Family Law Act 1975** [Online], available URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00182>, 2020 (March, 23).

⁴³ H. A. Finlay, op. cit.: 368-369.

⁴⁴ The House of Representatives, Senate Official Hansard, No. 48, 1974, Wednesday, 27 November 1974, 2863. "...Senator MURPHY: New South Wales Attorney General · ALP -- I resist

การเงินแล้ว การแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันเป็นเรื่องทั่วไปซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้หลายสาเหตุ เช่น มีความจำเป็นในบ้านที่ซื้อมาด้วยกัน ชีวิตในบ้านสำหรับบุตร เหตุผลทางศาสนา อายุ ความเจ็บป่วย และกำแพงทางด้านวัฒนธรรมและภาษา⁴⁵

4.3.2 หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน

มาตรา 4 (1) กำหนดนิยามในพระราชบัญญัตินี้ไว้ว่า การหย่าหมายถึงการสิ้นสุดของการสมรสนอกจากการตายของคู่สมรส⁴⁶

this amendment. I think that it is not well designed. It states: >The parties to a marriage shall not be held to have separated and to have lived separately and apart if they have continued to reside in the same residence. Now that is a direction to the court. No matter how much the evidence is that although under the same roof the parties have lived separately and apart, that one has lived at one end of the house and the other at the other end, or one has lived in the fowl house and the other in the master bedroom, the amendment would compel the court to decline to hold that they had lived separately and apart. This means that an awful difficulty is placed in the path of those people who cannot afford to get another home. One might say it is almost a class amendment directed at the poor people who cannot, when they get into marital difficulties, separate one from the other in different residences although, as sometimes occurs- it occurs in times, say, of housing crises; it has happened from time to time in our society and happens even now-people find it difficult to move into another place because they just do not have the finance. For one reason or another they cannot do so. The obligation is on the court if this amendment is not accepted to decide that the parties have lived separately and apart whether or not under the same roof. Surely that ought to be enough. What the honorable senator is suggesting would, I think, reverse the whole line of decisions on this aspect which have held that people may be living separately and apart even though they happen to be under the same roof. The honorable senator is saying that the courts should be prevented from developing the law in that direction. I think it would be extremely unsatisfactory and I ask the Committee to reject the amendment. I think that as a matter of convenience and in order to avoid having to go through the same argument again the Committee ought to deal with my amendment as well as the amendment moved by...”.

⁴⁵Kieran Mark Tranter, Lyndal Sleep and John E. Stannard, “The Cohabitation Rule: Indeterminacy and Oppression in Australian Social Security Law,” **Melbourne University Law Review** 32, 2 (2008): 698-738, 726.

⁴⁶Family Law Act 1975, Section 4 Interpretation (1) “divorce means the termination of a marriage otherwise than by the death of a party to the marriage.”

มาตรา 48 กำหนดเกี่ยวกับการยื่นฟ้องหย่าไว้ว่า

(1) การฟ้องหย่าภายใต้พระราชบัญญัตินี้จะต้องมีเหตุฟ้องหย่าคือการสมรสได้แตกสลายไปอย่างแก้ไขไม่ได้

(2) ภายใต้อนุมาตรา (3) ในการพิจารณาการฟ้องหย่า เหตุแห่งการฟ้องหย่าจะมีขึ้นและจะมีคำสั่งในการหย่าการเกิดขึ้นได้เฉพาะเมื่อเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าคู่ความได้แยกกันอยู่และหลังจากนั้นแยกกันอยู่และได้พักอาศัยแบบแยกกันต่อเนื่องเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 12 เดือนทันทีนับแต่วันที่ไต่ยื่นฟ้องหย่า

(3) จะไม่มีคำสั่งในการหย่าหากเป็นที่พอใจแก่ศาลว่ามีเหตุอันสมควรที่จะมีโอกาสในการกลับมาอยู่ร่วมกัน⁴⁷

มาตรา 49 กำหนดนิยามของการแยกกันอยู่ไว้ว่า

(1) เป็นกรณีแยกกันอยู่ที่คู่สมรสไม่ได้อยู่ด้วยกันและแยกกันอยู่เมื่อการอยู่กินกันนั้นถึงที่สุดโดยการกระทำหรือความประพฤติของคู่สมรสฝ่ายเดียวเท่านั้น

(2) คู่สมรสแยกกันอยู่และอยู่ห่างจากกันแม้ว่าคู่สมรสจะยังคงอาศัยอยู่ในที่อยู่เดียวกันหรือคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ให้บริการในครัวเรือนแก่อีกฝ่าย⁴⁸

⁴⁷Family Law Act 1975, Section 48 “Divorce

(1) An application under this Act for a divorce order in relation to a marriage shall be based on the ground that the marriage has broken down irretrievably.

(2) Subject to subsection (3), in a proceeding instituted by such an application, the ground shall be held to have been established, and the divorce order shall be made, if, and only if, the court is satisfied that the parties separated and thereafter lived separately and apart for a continuous period of not less than 12 months immediately preceding the date of the filing of the application for the divorce order.

(3) A divorce order shall not be made if the court is satisfied that there is a reasonable likelihood of cohabitation being resumed.”

⁴⁸Family Law Act 1975, Section 49 “Meaning of separation

(1) The parties to a marriage may be held to have separated notwithstanding that the cohabitation was brought to an end by the action or conduct of one only of the parties.

(2) The parties to a marriage may be held to have separated and to have lived separately and apart notwithstanding that they have continued to reside in the same residence or that either party has rendered some household services to the other.”

ตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 49 (2) กำหนดหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน ซึ่งอยู่ภายใต้มาตรา 48 (2) กล่าวคือ คู่สมรสแยกกันอยู่และอยู่ห่างจากกันแม้ว่าคู่สมรสจะยังคงอาศัยอยู่ในที่อยู่เดียวกันหรือคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ให้บริการในครัวเรือน แก่อีกฝ่ายต้องเป็นการแยกกันอยู่ต่อเนื่องเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 12 เดือน จึงจะเป็นเหตุให้ฟ้องหย่าได้

การวินิจฉัยความหมายของการแยกกันอยู่นั้นไม่ใช่เรื่องใหม่ เนื่องจากมีแนวความคิดนี้มาจากประเทศอังกฤษในคดี *Pulford v Pulford*⁴⁹ การที่ศาลจะวินิจฉัยว่ามีการทิ้งร้างหรือไม่นั้น จำเป็นต้องดูการกระทำของคู่ความ การทิ้งร้างนั้นไม่ใช่การออกจากสถานที่แต่เป็นการออกจากสถานะต่างๆ ("Desertion is not the withdrawal from a place, but from a state of things")⁵⁰ ดังนั้น การทิ้งร้างของคู่สมรสไม่ได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยของสถานที่พักอาศัย แต่ขึ้นอยู่กับสถานะความสัมพันธ์ของคู่สมรส⁵¹ และหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองในประเทศอังกฤษ ประชากรขาดแคลนที่อยู่อาศัย จึงทำให้หลายคนที่ต้องการหย่า ยังจำเป็นต้องอยู่ในบ้านหลังเดียวกันโดยไม่มีทางเลือก⁵² แม้คำพิพากษาคดี *Pulford* เป็นการพิจารณาเหตุหย่ากรณีทิ้งร้างซึ่งแตกต่างจากการแยกกันอยู่ก็ตาม แต่ศาลครอบครัวของประเทศออสเตรเลียก็ได้นำหลักดังกล่าวมาวินิจฉัยในหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน

4.3.3 คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

4.3.3.1 In the Marriage of Falk⁵³

ในคดี *Falk* ศาลวินิจฉัยว่า การแยกกันอยู่ตามมาตรา 49 (2) นั้นหมายถึง การแยกกันอยู่อย่างแท้จริง ที่เป็นการแยกกันอยู่จากสถานะต่างๆ ยิ่งไปกว่าการแยกกันอยู่จากที่ใดที่หนึ่ง ("separation really means a departure from the state of things rather than from a particular place")⁵⁴ อันเป็นการตัดสินไปตามแนวคิด *Pulford* นอกจากนี้ อาจจะกล่าวได้ว่าการแยกกันอยู่นั้นพิจารณาจากสถานะต่างๆ ไม่ใช่เพียงแต่การแยกกันอยู่ทางกายภาพเท่านั้น

⁴⁹ *Pulford v. Pulford* [1923] P.D.A. Division P. 18.

⁵⁰ Joyce C. Hall, **Sources of Family Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 1966), p. 393.

⁵¹ Ibid.

⁵² H. A. Finlay, op. cit.: 386.

⁵³ In the Marriage of Falk (1977) 29 FLR 463.

⁵⁴ Maree Livermore, **Family law handbook**, 3rd ed (Pyrmont, N.S.W.: Thomson Reuters (Professional) Australia, 2012), p. 38.

4.3.3.2 In the marriage of Todd (No. 2)⁵⁵

ในคดี *Todd (No. 2)* นาย Todd และ นาง Todd จัดทะเบียนสมรสกันเมื่อปี ค.ศ.1960 อยู่กินด้วยกันมีบุตร 2 คน เมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ.1974 นาง Todd พาบุตร 2 คน ออกไปจากบ้านที่อยู่ด้วยกัน (matrimonial home) ต่อมานาง Todd กับบุตร 2 คน กลับมาที่บ้านเมื่อวันที่ 21 เมษายน ค.ศ.1975 และอยู่ด้วยกันในบ้านเดียวกันจนกระทั่งวันที่ 5 มกราคม ค.ศ.1976 ทั้งสองฝ่ายตัดสินใจจะฟ้องหย่าภายใต้มาตรา 48 (2) และ มาตรา 49 (2) ในประเด็นของการหย่านั้น ความหมายของการแยกกันอยู่ และการอยู่ห่างจากกันในเวลาต่อเนื่องกันไม่น้อยกว่า 12 เดือน นั้นศาล The Family Court of Australia วินิจฉัยว่าการสมรสของคู่ความคดีนี้ได้แตกสลายไปตั้งแต่วันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ.1974 การแยกกันอยู่มีความหมายกว้างกว่าการแยกกันอยู่" ทางกายภาพเท่านั้น" ("mere physical separation") โดยขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สมรสฝ่ายเดียวหรือทั้งสองฝ่ายที่จะตัดความสัมพันธ์การสมรส และมีการกระทำตามเจตนา นั้น แม้การที่นาง Todd พาบุตร 2 คน กลับมาที่บ้านและอยู่อาศัยต่อไปในบ้านหลังเดียวกันกับนาย Todd ในวันที่ 21 เมษายน ค.ศ.1975 ก็ตาม แต่ทั้งนาย Todd และ นาง Todd ก็ไม่ได้รื้อฟื้นความสัมพันธ์ของสามีภริยาแต่อย่างใด และยังคงมีสถานะของการแยกกันอยู่⁵⁶

4.3.3.3 In the Marriage of Pavey⁵⁷

ในคดี *Pavey* นี้ นาย Pavey และนาง Pavey สามีภริยาแต่งงานกันเมื่อปี ค.ศ.1945 และอยู่ด้วยกันในบ้านเดียวกันมานานกว่า 30 ปี นาย Pavey ให้เงินค่าบำรุงรักษาบ้านแก่นาง Pavey มาตลอด แต่หยุดให้ในเดือนเมษายน ค.ศ.1974 นาง Pavey จึงยื่นฟ้องนาย Pavey ต่อศาลแขวงเพื่อเรียกค่าจัดการงานบ้าน ต่อมาความสัมพันธ์ทั้งสองฝ่ายเริ่มแย่ง นาง Pavey ยื่นฟ้องนาย Pavey ต่อศาลครอบครัวเพื่อขอหย่า ศาลครอบครัวยกฟ้อง นาง Pavey อุทธรณ์ไปยัง The Full Court of the Family Court of Australia ซึ่งวินิจฉัยว่า ในหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันตามมาตรา 49 (2) การวินิจฉัยหลักการแยกกันอยู่มีสัญญาณหลายอย่างที่ยบ่งบอกว่าคู่สมรส

⁵⁵ Cornell Law School, *In the marriage of TODD (No. 2)* [Online], available URL: [https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/in_the_marriage_of_todd_\(no._2\)](https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/in_the_marriage_of_todd_(no._2)), 2020 (April, 1).

⁵⁶ Wolters Kluwer, *In the marriage of TODD, R.W. and TODD, Y.D. (No. 2) (1976) FLC 90-008, Family Court of Australia, 12 March 1976* [Online], available URL: <https://pinpoint.cch.com.au/document/legauUio598043sl18926238/in-the-marriage-of-todd-r-w-and-todd-y-d-no-2>, 2020 (April, 1).

⁵⁷ Cornell Law School, *In the Marriage of Pavey* [Online], available URL: https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/in_the_marriage_of_pavey, 2020 (April, 1).

มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน เช่นการใช้ชีวิตภายใต้หลังคาเดียวกัน ความสัมพันธ์ทางเพศ การปกป้องซึ่งกันและกัน การอุปการะและเลี้ยงดูบุตรของคู่สมรส และการเป็นที่ยอมรับทั้งในที่สาธารณะและที่ส่วนตัวของคู่สมรสแต่องค์ประกอบทั้งหมดไม่จำเป็นต้องแสดงในการสร้างการมีอยู่ของความสัมพันธ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของคู่สมรสเนื่องจากความสัมพันธ์ของคู่สมรสแต่ละคู่ต่างกัน ดังนั้น การพิจารณาว่ามีการแยกกันอยู่ในข้อเท็จจริงแต่ละคดี จำเป็นต้องเปรียบเทียบและหาข้อต่างแห่งความสัมพันธ์ก่อนและหลังที่จะมีการแยกกันอยู่ การที่ศาลแขวงวินิจัยให้นาย Pavey ชำระค่าบำรุงรักษาบ้านแสดงให้เห็นถึงการแตกสลายของการสมรสถึงแม้ว่า นาย Pavey และนาง Pavey จะยังคงอยู่บ้านหลังเดียวกันก็ตาม

4.3.3.4 In the Marriage of Caretti⁵⁸

ในคดี *Caretti* นี้ สามีฟ้องหย่าภรรยา โดยมีข้อเท็จจริงว่า สามีและภริยายังคงอยู่อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน และมีข้อตกลงกันว่าสามีเป็นคนชำระค่าดอกเบี้ยของบ้านที่อยู่ด้วยกัน สามีย้ายไปนอนในห้องเก็บของ ส่วนภริยายังคงนอนอยู่ในห้องเดิมที่เคยนอนด้วยกัน (matrimonial bed)⁵⁹ ต่อมาสามีอ้างว่าห้องเก็บของมีอากาศหนาวมากจึงย้ายกลับมานอนในห้องเดิมที่เคยนอนด้วยกัน แต่ไม่ได้มีเพศสัมพันธ์กัน ศาลวินิจัยว่า สามียอมที่จะตัดความสัมพันธ์ด้วยวิธีจัดการที่ดีกว่านี้ แต่ฝ่ายสามีกลับเลือกที่จะกลับมานอนเตียงเดียวกัน สามีจะอ้างว่ามีการแยกกันอยู่ไม่ได้ แม้จะไม่ได้มีเพศสัมพันธ์กันก็ตาม

4.3.4 แนวทางในการพิจารณาพยานหลักฐานของการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน

ในประเทศออสเตรเลีย หากคู่สมรสแยกกันอยู่แต่ยังคงอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน สามารถที่จะยื่นฟ้องหย่าได้ตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 และ 49

4.3.4.1 Family Court of Australia อธิบายในเรื่องดังกล่าวไว้ในเอกสารข้อเท็จจริง (Fact sheet) เรื่อง "แยกกันอยู่, แต่อยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน?"⁶⁰ เพื่อเป็นแนวทางแก่คู่สมรสในการยื่นเอกสารต่อศาลก่อนที่จะยื่นฟ้องคู่สมรสอีกฝ่ายยกตัวอย่างเช่น

⁵⁸ In the Marriage of Caretti (1977) FLC 90-270.

⁵⁹ Frank Bates, "The law, sexual behaviour and a no fault divorce system: the Australian experience," *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 17, 3 (1984): 358-379, 361.

⁶⁰ Family Court of Australia, **Separated, but living under one roof?** [Online], available URL: http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/057c1a57-1092-4475-ae7c-a9386cff02e6/FSDMSEP_0313+v2.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-057c1a57-1092-4475-ae7c-a9386cff02e6-lLd2SAs, 2020 (April, 1).

ตัวอย่างที่ 1 คู่สมรสแยกกันอยู่มาเป็นระยะเวลา 14 เดือน อยู่บ้านหลังเดียวกันเป็นเวลา 5 เดือนหลังจากแยกกันอยู่ โดยจำนวน 3 เดือน จาก 12 เดือน ก่อนฟ้องอยู่บ้านหลังเดียวกัน ต้องให้ข้อมูลแก่ศาลถึงพฤติการณ์ในการแยกกันอยู่

ตัวอย่างที่ 2 คู่สมรสแยกกันอยู่มาเป็นระยะเวลา 5 ปี อยู่บ้านหลังเดียวกันเป็นเวลา 3 ปี หลังจากแยกกันอยู่ ก่อนฟ้อง 2 ปี อยู่บ้านคนละหลัง กรณีนี้ไม่ต้องให้ข้อมูลเพิ่มเติมแก่ศาล

ข้อมูลที่ต้องยื่นเพิ่มเติมนั้นจะต้องอยู่ในรูปแบบของคำให้การ (Affidavit) เป็นลายลักษณ์อักษรเขียนโดยคู่สมรสหรือพยานโดยเป็นการให้ข้อเท็จจริงแก่ศาล และจะต้องสาบานตนว่าคำให้การดังกล่าวเป็นความจริง นอกจากนี้คู่สมรสต่างฝ่ายอาจยังต้องให้คนกลางช่วยเขียนคำให้การสนับสนุนการยื่นฟ้องหย่าด้วยเหตุที่อยู่บ้านหลังเดียวกัน คนกลางดังกล่าว เช่น คนในครอบครัว เพื่อน หรือเพื่อนบ้านซึ่งรู้เห็นพฤติการณ์ของการแยกกันอยู่

ในกรณีที่คู่สมรสยื่นหย่าพร้อมกัน ต่างฝ่ายต่างต้องยื่นคำให้การแยกกันมาจะเขียนรวมกันมาไม่ได้⁶¹

ในคำให้การจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า ความสัมพันธ์ของการสมรสที่มีการแยกกันอยู่นั้นเปลี่ยนแปลงแบบค่อยเป็นค่อยไปหรือเกิดขึ้นทันที โดยอธิบายถึงสถานะของคู่สมรส เช่น การหลับนอนในบ้านเป็นอย่างไร การลดลงของกิจกรรมที่ทำร่วมกันในบ้านและนอกบ้าน การแยกกันอยู่ในสถานะทางการเงิน บัญชีธนาคารของคู่สมรส ข้อเท็จจริงอื่นที่แสดงว่าการสมรสนั้นล่มสลายไปแล้ว เช่น มีการแจ้งให้สมาชิกในครอบครัวหรือเพื่อนทราบถึงการแยกกันอยู่ และสิ่งสำคัญคือต้องแสดงว่าเหตุใดจึงยังคงพักอาศัยอยู่ในบ้านหลังเดียวกันหลังจากการแยกกันอยู่ และจะมีโอกาสหรือไม่ในการเปลี่ยนแปลงสถานะของสามีภริยา ในกรณีที่มิบุตรจะต้องแสดงว่าจะจัดการอำนาจปกครองบุตรที่อายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์อย่างไร ในกรณีที่ได้รับสิทธิประโยชน์จากรัฐบาล จะต้องแสดงให้เห็นว่าหน่วยงานใดของรัฐเป็นหน่วยงานที่ให้ผลประโยชน์ (เช่น Centrelink⁶² ซึ่งเป็นหน้าเว็บไซต์ลงทะเบียนของ Department of Human Services) หากได้รับจดหมายตอบกลับจากหน่วยงานราชการแล้วให้แนบจดหมายไปพร้อมกับคำให้การ

⁶¹Family Court of Australia, ibid.

⁶²Services Australia, **Centrelink** [Online], available URL: <https://www.servicesaustralia.gov.au/individuals/centrelink>, 2020 (April, 2).

ในปี ค.ศ.2017 ประชาชนในประเทศออสเตรเลียลงทะเบียนใน Centrelink ว่ามีการแยกกันอยู่ในบ้านเดียวกันจำนวน 38,692 คน เพิ่มจากจำนวน 35,103 คน ในปี ค.ศ.2016⁶³ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอัตราการเพิ่มขึ้นของประชาชนในประเทศออสเตรเลียที่ลงทะเบียนในการแยกกันอยู่ในบ้านเดียวกัน เพราะจะส่งผลต่อการยื่นฟ้องหย่าและสิทธิที่จะได้รับตามกฎหมายประกันสังคมตามพระราชบัญญัติประกันสังคม ค.ศ.1991 (Social Security Act 1991) ของประเทศออสเตรเลีย⁶⁴ สำหรับการลงทะเบียนผ่าน Centrelink⁶⁵ คู่สมรสที่ประสงค์แยกกันอยู่แต่ยังอยู่บ้านหลังเดียวกันจะต้องลงทะเบียนผ่านแบบฟอร์ม "Relationship details (SS293) Separated under one roof"⁶⁶ ซึ่งจะมีคำถามแบบ Check list ให้กรอกข้อมูล

4.3.4.2 Legal Aid NSW ซึ่งเป็นองค์กรระดับรัฐที่ให้บริการด้านกฎหมายแก่ผู้ด้อยโอกาสทางสังคมและเศรษฐกิจในรัฐ New South Wales ประเทศออสเตรเลีย⁶⁷ อธิบายไว้ใน "เอกสารข้อเท็จจริงแห่งการหย่า 3 - การแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน"⁶⁸ ว่าการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันไม่ใช่หมายความว่าหลับนอนแยกกันเท่านั้น ศาลต้องการพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ของสามีหรือภริยาได้สิ้นสุด มีการพุดจาหรือแสดงการกระทำที่แยกกันอยู่ทั้งในและนอกบ้าน และในการเขียนคำให้การนั้นจะต้องอธิบายถึงการแยกกันอยู่ในบ้านเดียวกันของสามีหรือภริยา โดยอธิบายถึงความสัมพันธ์ก่อนวันที่จะมีการแยกกันอยู่ และการเปลี่ยนแปลงหลังจากวันที่ตกลงแยกกันอยู่ ซึ่งแต่ละชีวิตการสมรสย่อมแตกต่างกันไป

⁶³Amanda Hooton, 'I moved out of our bedroom, my ex wouldn't': separated couples living together [Online], available URL: <https://www.theadvocate.com.au/story/5235322/i-moved-out-of-our-bedroom-my-ex-wouldnt-separated-couples-living-together/>, 2020 (April, 2).

⁶⁴Social Security Guide, **2.2.5.30 Determining Separation Under OneRoof** [Online], available URL: <https://guides.dss.gov.au/guide-social-security-law/2/2/5/30>, 2020 (April, 2).

⁶⁵Services Australia, **Relationship details - Separated under one roof form (SS293)** [Online], available URL: <https://www.servicesaustralia.gov.au/individuals/forms/ss293>, 2020 (April, 2).

⁶⁶Services Australia, **Relationship details Separated under one roof** [Online], available URL: <https://www.servicesaustralia.gov.au/sites/default/files/ss293-1907en.pdf>, 2020 (April, 2).

⁶⁷Legal Aid NSW, **Who we are** [Online], available URL: <https://www.legalaid.nsw.gov.au/about-us/who-we-are>, 2020 (April, 2).

⁶⁸Legal Aid NSW, **Divorce factsheet 3 – Separation under the same roof** [Online], available URL: <https://www.legalaid.nsw.gov.au/get-legal-help/factsheets-and-resources/divorce-factsheet-3-separation-under-the-same-roof>, 2020 (April, 2).

5. บทวิเคราะห์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/2) กำหนดว่า สามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ การตีความมาตรานี้ มาตาลักษณะ อรุณโรจน์ และคณะ พบว่า มาตรา 1516 (4/2) ขาดการตีความที่ชัดเจนว่า การแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขอย่างไรหมายถึง "ความผาสุกโดยปกติระหว่างคู่สมรสหรือการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาโดยปกติสุข"⁶⁹ เนื่องจากกฎหมายบัญญัติเหตุหย่าไว้ในลักษณะกว้างเพื่อให้ครอบคลุมข้อเท็จจริง⁷⁰ ส่วนนั้นทนายสิมะโชคตี พบว่า มาตรา 1516 (4/2) มีปัญหาในการปรับใช้เนื่องจากไม่มีการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจน ต้องอาศัยการตีความหรือการใช้ดุลพินิจของศาลให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแต่ละคดี และการแยกกันอยู่ต้องเกิดจากความสมัครใจ หากสามีภริยาฝ่ายใดไม่สมัครใจแล้ว ก็ย่อมอ้างเหตุนี้ในการฟ้องหย่าไม่ได้⁷¹ ปัญหาว่า หากสามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่ แต่ยังคงอยู่ในที่พักอาศัยเดียวกัน กรณีสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขจะมีแนวทางพิจารณาอย่างไร ในข้อนี้ชาติชาย อัครวิบูลย์ เห็นว่า การสมัครใจแยกกันอยู่ หากตกลงว่ายังอยู่ร่วมกันในบ้านเดียวกัน แต่อาศัยอยู่คนละห้อง ยังไม่เรียกว่าแยกกันอยู่เนื่องจากสามีภริยายังคงพบปะกันได้ แม้จะไม่พูดจาหรือร่วมหลับนอนกัน "แต่อาจเป็นเหตุหย่าในเหตุอื่น"⁷² และยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้โดยตรง ผู้เขียนเห็นว่าหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) น่าจะเป็นเหตุหย่าของการสมัครใจแยกกันอยู่ภายใต้มาตรา 1516 (4/2) ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. แนวความคิดการหย่าขาดจากกันโดยการแยกกันอยู่โดยความสมัครใจของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) และประเทศออสเตรเลียตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) นั้นเหมือนกัน คือ เป็น

⁶⁹ มาตาลักษณะ อรุณโรจน์ และคณะ, *โครงการวิจัยเพื่อการเพิ่มประสิทธิภาพของศาลเยาวชนและครอบครัวในการพิจารณาคดีฟ้องหย่าและการดูแลบุตร*, สถาบันวิจัยและพัฒนาคดี สำนักงานศาลยุติธรรม, 2557: 177-178, 279-280.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 279.

⁷¹ ทนายสิมะโชคตี, เรื่องเดิม, หน้า 67-68.

⁷² ชาติชาย อัครวิบูลย์, เรื่องเดิม, หน้า 392.

แนวความคิดของการหย่าขาดจากกันที่เป็นการแก้ไขการสมรสที่แตกสลายไปแล้วไม่ได้พิจารณาว่าเป็นความผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

2. หากนำแนวทางของประเทศออสเตรเลียตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) มาปรับใช้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 49 (2) กำหนดความหมายของการแยกกันอยู่ให้รวมถึงการที่คู่สมรสแยกกันอยู่แต่ยังคงอยู่ในที่พักอาศัยเดียวกัน แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) ไม่มีกำหนดความหมายของการแยกกันอยู่ไว้ การนำแนวทางที่ศาลในคดี *Falk* พิจารณาจากสถานะต่างๆ ของสามีภริยา ไม่ใช่เพียงแต่การแยกกันอยู่ทางกายภาพเท่านั้นมาพิจารณาประกอบ กล่าวคือ สถานะต่างๆ ดังกล่าว ตามคำพิพากษาคดี *Pavey* จะเห็นได้ว่า ศาลครอบครัวของประเทศออสเตรเลียพิจารณาถึงหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันในองค์ประกอบของการใช้ชีวิตภายใต้หลังคาเดียวกัน ความสัมพันธ์ทางเพศ การปกป้องซึ่งกันและกัน การอุปการะและเลี้ยงดูบุตรของคู่สมรส และการเป็นที่ยอมรับทั้งในที่สาธารณะและที่ส่วนตัวของคู่สมรส การพิสูจน์ถึงองค์ประกอบตามหลักนี้จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละคดีไป⁷³ และจำเป็นต้องเปรียบเทียบและหาข้อต่างแห่งความสัมพันธ์ก่อนและหลังที่จะมีการแยกกันอยู่ซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าเป็น objective test ในการเปรียบเทียบความสัมพันธ์ของสามีภริยาที่ต้องขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา เช่น ก่อนแยกกันอยู่ ภริยายังคงทำกับข้าว หุงหาอาหาร ซักผ้า คอยปรนนิบัติสามี และทำงานบ้านไม่เคยขาด แต่พอสมภารใจแยกกันอยู่ภริยาก็ไม่ปฏิบัติเช่นเดิม ขาดการสื่อสารกัน แยกห้องนอน อยู่คนละชั้น ต่างคนต่างอยู่ไม่โทรศัพท์หากัน ไม่กินข้าวกันแม้จะอยู่บ้านหลังเดียวกันและมีโอกาสพบปะกันก็ตาม ไม่ได้พิจารณา subjective test ที่พิจารณาเพียงว่าเป็นการแยกกันอยู่ทางกายภาพเท่านั้น

ผลของการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันของสามีหรือภริยาในลักษณะที่ขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาตามแนวทางในคดี *Falk* และ *Pavey* ส่งผลให้คู่สมรสสามารถฟ้องหย่าคู่สมรสอีกฝ่ายได้ และอาจใช้เป็นแนวทางของศาลไทยที่จะพัฒนาการตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) ได้ชัดเจนว่า การแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุข ไม่ได้พิจารณาเฉพาะทางกายภาพ แต่ต้องพิจารณาองค์ประกอบของการใช้ชีวิตภายใต้หลังคาเดียวกันของสามีภริยา ความสัมพันธ์ทางเพศ การปกป้องซึ่งกันและกัน การอุปการะและเลี้ยงดูบุตรของคู่สมรส และการเป็นที่ยอมรับทั้งในที่สาธารณะและที่ส่วนตัวของคู่สมรส โดยคำนึงถึงลักษณะที่ขาดจากความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาโดยสิ้นเชิงและถาวร

⁷³H. A. Finlay, op. cit.: 387.

3. การสมัครใจแยกกันอยู่นั้นไม่ได้พิจารณาเฉพาะเรื่องของการร่วมหลับนอนเพียงอย่างเดียว ซึ่งเทียบเคียงได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 882/2518 "...การที่สามีภริยาไม่ได้หลับนอนร่วมเพศกัน แต่อยู่คนละบ้านในบริเวณเดียวกัน ไม่เป็นการทิ้งร้างกัน..." สอดคล้องกับที่ศาลประเทศออสเตรเลียวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาคดี *Caretti* แสดงให้เห็นว่า การมีเพศสัมพันธ์ของสามีภริยาไม่ได้เป็นองค์ประกอบสำคัญของการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน⁷⁴ แต่คดี *Caretti* ประเด็นสำคัญอยู่ที่การแยกกันอยู่แบบคนละห้องของสามีภริยา หากกลับมาหลับนอนเตียงเดียวกัน ยังไม่ถือเป็นการแยกกันอยู่ แม้อยู่บ้านเดียวกันก็ตาม

4. พฤติการณ์ที่จะถือว่าสามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่นั้น จะต้องมีข้อเท็จจริงฟังได้ว่า สามีและภริยาต่างมีเจตนาตรงกันคือไม่ประสงค์จะใช้ชีวิตคู่อยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามีลักษณะที่ขาดจากความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาโดยสิ้นเชิงและต่างฝ่ายต่างไม่มีปฏิสัมพันธ์ต่อกันทั้งในทางพฤตินัยหรือินตินัย การแยกกันอยู่จะต้องแยกกันอยู่อย่างแท้จริงและถาวรตามคำพิพากษาฎีกาที่ 4151/2560 ดังนั้น การที่สามีและภริยาไม่มีปฏิสัมพันธ์ต่อการทั้งด้านการใช้ชีวิตคู่สมรสและไม่มีความสัมพันธ์ต่อกันแล้ว ต่างคนต่างอยู่แม้จะอยู่บ้านหลังเดียวกัน ก็น่าจะเป็นลักษณะขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาแล้ว

5. การนับระยะเวลาของการแยกกันอยู่จะต้องมีระยะเวลาเกิน 3 ปี ติดต่อกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) แต่พระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) กำหนดไว้เพียง 12 เดือน และมีข้อสังเกตของการนับระยะเวลาจากคำพิพากษาคดี *Todd (No. 2)* จะเห็นได้ว่า ศาลครอบครัวประเทศออสเตรเลียพิจารณาถึงหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน เกี่ยวกับเรื่องของระยะเวลาในการแยกกันอยู่ก่อนฟ้องติดต่อกันไม่น้อยกว่า 12 เดือน ตามมาตรา 48 (2) และ มาตรา 49 (2) ตามคดีนี้ในวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ.1974 ถึงวันที่ 21 เมษายน ค.ศ.1975 นั้น นาง Todd ออกจากบ้านไป และระหว่างวันที่ 21 เมษายน ค.ศ.1975 จนกระทั่งวันที่ 5 มกราคม ค.ศ.1976 นาง Todd กับนาย Todd อยู่ด้วยกันในบ้านเดียวกัน โดยการนับระยะเวลาสามารถนับรวมกันในระหว่างที่คู่สมรสอยู่คนละบ้านและอยู่บ้านเดียวกันได้ แต่จะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของสามีและภริยาว่ามีการแตกสลายในการสมรสแล้วหรือไม่ และคู่สมรสฝ่ายเดียวหรือทั้งสองฝ่ายที่จะตัดความสัมพันธ์การสมรส และมีการกระทำตามเจตนานั้น แต่การตีความเรื่องระยะเวลา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/2) ผู้เขียนเห็นว่าระยะเวลาเกิน 3 ปี ติดต่อกัน เป็นเวลาที่เหมาะสมแล้ว เนื่องจากด้วยระยะเวลา 3 ปี ก็ย่อมเพียงพอที่จะให้ศาลวินิจฉัยได้ว่าคู่สมรสขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาแล้ว และการนับ

⁷⁴Frank Bates, op. cit.: 362.

ระยะเวลาของการแยกกันอยู่นั้นน่าจะสามารณับรวมกันได้ระหว่างที่อยู่บ้านเดียวกันหรืออยู่แยกบ้าน เพราะการแยกกันอยู่ไม่ได้พิจารณาถึงสถานที่พักอาศัยแต่พิจารณาสถานะความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา ("separation really means a departure from the state of things rather than from a particular place") ตามที่ศาลในคดี *Falk* วินิจฉัยไว้

6. ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 กำหนดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาไว้ว่า สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา แต่ก็เป็นการกำหนดไว้ในลักษณะที่ยืดหยุ่น เป็นเรื่องที่ศาลต้องคำนึงถึงสภาพการณ์ต่างๆ ทางด้านสังคม หน้าที่การงาน ประกอบฐานะทางเศรษฐกิจของสามีภริยามาพิจารณา⁷⁵ ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันในสภาพเศรษฐกิจและบริบทของสังคมไทยปัจจุบันนั้น คงปฏิเสธไม่ได้ว่าค่าครองชีพและค่าที่พักอาศัยสูงขึ้นกว่าในอดีต ส่งผลให้สามีหรือภริยาไม่อาจออกไปหาที่พักอาศัยใหม่ได้ จำเป็นต้องอยู่ในที่พักอาศัยเดียวกัน หรือบ้านที่อยู่อาศัยนั้นใกล้เคียงกับที่ทำงานประจำ หากย้ายออกไปก็จะต้องมีค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ส่งผลให้เพิ่มเวลาและค่าเดินทาง อันเป็นปัญหาจากปัจจัยภายนอกที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้นอกจากเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจแล้ว ในสังคมไทยย่อมต้องพิจารณาถึงเรื่องชีวิตของบุตรผู้เยาว์ การนับถือศาสนา อายุของคู่สมรสและบุตร วัฒนธรรมและภาษาของคู่สมรส⁷⁶ การตีความให้สามีหรือภริยาที่สมัครใจแยกกันอยู่ แต่ยังอยู่ในบ้านเดียวกัน แต่คนละชั้น คนละห้อง อยู่แบบขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาให้เป็นเหตุหย่าตามมาตรา 1516 (4/2) โดยการสมัครใจแยกกันอยู่ต้องมีลักษณะแยกกันอยู่อย่างแท้จริงและแบบถาวร อันจะเป็นการตีความที่กว้างและเปิดช่องให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไปและจะไม่ปิดช่องของผู้มีอรรถคดีที่มีข้อขัดข้องทางการเงินที่ไม่สามารถไปหาที่พักอาศัยใหม่ได้แต่ประสงค์สิ้นสุดการสมรสเพื่อเริ่มต้นชีวิตครอบครัวใหม่

7. การนำเสนอพยานหลักฐานของการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน ภายใต้มาตรา 1516 (4/2) นั้น โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่า โจทก์และจำเลยในฐานะสามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี การสมัครใจแยกกันอยู่ไม่มีกฎหมายบังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือ อาจตกลงด้วยวาจาได้ แต่จะต้องนำสืบถึงความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาและพฤติการณ์ก่อนและหลังแยกกันอยู่ในบ้านเดียวกัน เมื่อนำแนวทางของประเทศออสเตรเลียที่ให้ข้อมูลแก่ศาลในข้อ 4.3.4 ที่แสดงถึงความสัมพันธ์ของสามีภริยาที่ยังคงอยู่อาศัยร่วมกันในบ้านเดียวกันประกอบการพิจารณา ข้อมูลดังกล่าวก็น่าจะมีน้ำหนักในการพิจารณาถึงลักษณะที่ขาด

⁷⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 257/2545, โปรดดูหมายเหตุท้ายฎีกา.

⁷⁶ Kieran Mark Tranter, Lyndal Sleep and John E. Stannard, op. cit.: 726.

จากความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยาโดยสิ้นเชิงและต่างฝ่ายต่างไม่มีปฏิสัมพันธ์ต่อกันทั้งในทางพฤตินัยหรือนิตินัยตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 4151/2560

8. หากคู่สมรสมีบุตรร่วมกันหรือมีทรัพย์สินหรือหนี้สินที่เป็นสินสมรสและต้องจัดการร่วมกันนั้น หากมีการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันแล้วใครจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองหรือจะแบ่งทรัพย์สินกันอย่างไรเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่จะต้องกล่าวกันต่อไปตามสิทธิของแต่ละฝ่ายที่พึงมีเมื่อมีการหย่าแล้ว

6. บทสรุป

บทความนี้ได้ศึกษาเหตุฟ้องหย่าของการสมรสใจแยกกันอยู่ของสามีภรรยา โดยเปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่าดังกล่าวของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) กับประเทศออสเตรเลีย ตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) แนวความคิด และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องแล้ว พบว่า หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องของศาลประเทศออสเตรเลียแล้ว อาจนำมาตีความให้เป็นเหตุหย่าของการสมรสใจแยกกันอยู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) โดยมีแนวทางของการพิจารณาถึงกรณีที่คู่สมรสสมรสใจแยกกันอยู่แต่ยังคงอยู่ภายในบ้านเดียวกัน หรือที่อยู่อาศัยเดียวกัน แต่ต่างฝ่ายต่างแยกกันอยู่ คนละห้อง คนละชั้น จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป โดยคำนึงถึงลักษณะที่ขาดจากความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยาโดยสิ้นเชิงและถาวร ประกอบฐานะทางเศรษฐกิจของสามีภรรยาที่แต่ละครอบครัวไม่เหมือนกันและบริบทของสังคมไทยมาพิจารณาควบคู่กัน เพื่อให้ศาลมีพัฒนาการตีความกรณีของการสมรสใจแยกกันอยู่ หากมีคดีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายกันเกิดขึ้นในเหตุฟ้องหย่าที่ชัดเจนว่าการสมรสใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาได้โดยปกติสุขนั้นรวมถึงหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันด้วย

บรรณานุกรม

- จิตรพรต พัฒนสิน. กระบวนการร่างกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย (Parliamentary Counsel's Office): 5-28. [Online]. Available URL: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=258,2563> (พฤษภาคม, 7).
- ชาติชาย อัครวิบูลย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- ธนิษฐา มุ่งดี. ภายใต้วาทกรรมครอบครัวในระบบกฎหมายไทย: กรณีศึกษาคำพิพากษา: 51-63. [Online]. Available URL: <https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/5%e0%b8%98%e0%b8%99%e0%b8%b4%e0%b8%a9%e0%b8%90%e0%b8%b21.pdf>, 2563 (มีนาคม, 22).
- วัชชัย มิตรโกสม. “เหตุหย่า: ศึกษากรณีการจูงใจทั้งร่าง.” วชิยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- นันทนัช สิมะโชคดี. “เหตุหย่าเพราะครอบครัวแตกร้าง: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ.” วชิยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิต, 2558.
- ประสพสุข บุญเดช. หลักกฎหมายครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- พชร สุชนันตพงศ์. “ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการหย่าตามมาตรา 1516 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ศึกษากรณีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้ที่มีเพศเดียวกัน.” วารสารบัณฑิตศึกษามหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 7, 1 (สิงหาคม-พฤศจิกายน 2561): 476-488.
- พุทธะสอน บุญมีไซ. “เหตุหย่าที่เกิดจากการกระทำความผิดของคู่สมรส: ศึกษากรณี “มีชู้” เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายครอบครัวไทยและ ส.ป.ป. ลาว.” วชิยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557.
- ไพโรจน์ กัมพูศิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546.
- มาดาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์ และคณะ. โครงการวิจัยเพื่อการเพิ่มประสิทธิภาพของศาลเยาวชนและครอบครัวในการพิจารณาคดีฟ้องหย่าและการดูแลบุตร. สถาบันวิจัยและพัฒนาสังคมดี สำนักงานศาลยุติธรรม, 2557.

ริญญาภัทร์ณ สงขลา. **ความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย:**

384-405. [Online]. Available URL: <https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/27%e0%b8%a3%e0%b8%b4%e0%b8%8d%e0%b8%8d%e0%b8%b2%e0%b8%a0%e0%b8%b1%e0%b8%97%e0%b8%a3%e0%b9%8c.pdf>, 2563 (พฤษภาคม, 7).

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของ รัฐธรรมนูญ 2560** [Online]. Available URL: https://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution2/download/article/article_20191021103453.pdf, 2563 (มีนาคม, 22).

Bates, Frank. “The law, sexual behaviour and a no fault divorce system: the Australian experience.” **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa** 17, 3 (1984): 358-379.

Cornell Law School. **In the marriage of TODD (No. 2)** [Online]. Available URL: [https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/in_the_marriage_of_todd_\(no._2\)](https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/in_the_marriage_of_todd_(no._2)), 2020 (April, 1).

_____. **In the Marriage of Pavey** [Online]. Available URL: https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/in_the_marriage_of_pavey, 2020 (April, 1).

Family Court of Australia. **Separated, but living under one roof?** [Online]. Available URL: http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/057c1a57-1092-4475-ae7c-a9386cff02e6/FSDIVSEP_0313+V2.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-057c1a57-1092-4475-ae7c-a9386cff02e6-LLd2SAs, 2020 (April, 1).

Family Law Act 1975.

Federal Register of Legislation. **Family Law Act 1975** [Online]. Available URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00182>, 2020 (March, 23).

_____. **Matrimonial Causes Act 1959** [Online]. Available URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C1959A00104>, 2020 (March, 25).

Finlay, H. A. “The Grounds for Divorce: The Australian Experience.” **Oxford Journal of Legal Studies** 6, 3 (1986): 368-391.

Hall, Joyce C. **Sources of Family Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.

- Hooton, Amanda. **‘I moved out of our bedroom, my ex wouldn’t’: separated couples living together** [Online]. Available URL: <https://www.theadvocate.com.au/story/5235322/i-moved-out-of-our-bedroom-my-ex-wouldnt-separated-couples-living-together/>, 2020 (April, 2).
- In the Marriage of Caretti (1977) FLC 90-270.
- In the Marriage of Falk (1977) 29 FLR 463.
- Kirkpatrick, Graham. “Incompatibility as a Ground for Divorce.” **Marquette Law Review** 47 (1964): 453-464, 453.
- Lawton, Melissa. “The Constitutionality of Covenant Marriage Laws.” **Fordham Law Review** 66 (1998): 2471-2516, 2480-2481.
- Legal Aid NSW. **Who we are** [Online]. Available URL: <https://www.legalaid.nsw.gov.au/about-us/who-we-are>, 2020 (April, 2).
- _____. **Divorce factsheet 3 – Separation under the same roof** [Online]. Available URL: <https://www.legalaid.nsw.gov.au/get-legal-help/factsheets-and-resources/divorce-factsheet-3-separation-under-the-same-roof>, 2020 (April, 2).
- Livmore, Maree. **Family law handbook**. 3rd ed. Pyrmont, N.S.W.: Thomson Reuters (Professional) Australia, 2012.
- Matrimonial Causes Act 1959.
- “Matrimonial Causes.” **Adelaide Law Review** 2, 2 (1964): 237-242.
- Parliament of Australia. **Part V - Powers of the Parliament** [Online]. Available URL: https://www.aph.gov.au/about_parliament/senate/powers_practice_n_procedures/~/_link.aspx?_id=AFF6CA564BC3465AA325E73053DED4AA&_z=z#chapter-01_part-05_51, 2020 (March, 23).
- Pulford v. Pulford [1923] P.D.A. Division P. 18.
- Rivlin, Ram. “The Right to Divorce: Its Direction, and Why It Matters.” **International Journal of the Jurisprudence of the Family** 4 (2013): 133-157.
- Rodgers, Joe. “The Effect of No-Fault Divorce Law on the Divorce Rate Across the 50 States and Its Relation to Income, Education and Religiosity.” **Journal of Marriage and Family** 57, 2 (1995): 477-488.
- Services Australia. **Centrelink** [Online]. Available URL: <https://www.servicesaustralia.gov.au/individuals/centrelink>, 2020 (April, 2).

- Social Security Guide. **2.2.5.30 Determining Separation Under One Roof** [Online]. Available URL: <https://guides.dss.gov.au/guide-social-security-law/2/2/5/30>, 2020 (April, 2).
- Services Australia. **Relationship details - Separated under one roof form (SS293)** [Online]. Available URL: <https://www.servicesaustralia.gov.au/individuals/forms/ss293>, 2020 (April, 2).
- _____. **Relationship details Separated under one roof** [Online]. Available URL: <https://www.servicesaustralia.gov.au/sites/default/files/ss293-1907en.pdf>, 2020 (April, 2).
- Sosna v. Iowa, 419 U.S. 393, 419-20 (1975).
- Swisher, Peter Nash. “Marriage and Some Troubling Issues with No-Fault Divorce.” **Regent University Law Review** 17 (2005): 243-259.
- Tranter, Kieran Mark. Lyndal Sleep and John E. Stannard. “The Cohabitation Rule: Indeterminacy and Oppression in Australian Social Security Law.” **Melbourne University Law Review** 32, 2 (2008): 698-738.
- Universal Declaration of Human Rights.
- Wolters Kluwer. **In the marriage of TODD, R.W. and TODD, Y.D. (No. 2) (1976) FLC 90-008, Family Court of Australia, 12 March 1976** [Online]. Available URL: <https://pinpoint.cch.com.au/document/legauUio598043sl18926238/in-the-marriage-of-todd-r-w-and-todd-y-d-no-2>, 2020 (April, 1).